

Wet herziening partneralimentatie: voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst wordt geldig

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam, hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen en lid Staatscommissie Herijking Ouderschap (nuytinck@kabelfoon.nl)

Tekst voor omslag van WPNR

De auteur schetst de hoofdlijnen van wetsvoorstel 34231 inzake herziening partneralimentatie en gaat hierbij in het bijzonder in op de rechtsgeldigheid van de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst.

1. Inleiding

Op 20 juni 2012 verscheen de initiatiefnota van de leden Van der Steur, Recourt en Berndsens-Jansen over partneralimentatie.¹ Nog net binnen drie jaar daarna – op 19 juni 2015 – hebben de leden Van Oosten, Recourt en Berndsens-Jansen wetsvoorstel 34231 (Wet herziening partneralimentatie) bij de Tweede Kamer ingediend.² Van der Steur is inmiddels minister van Veiligheid en Justitie geworden en daarom is zijn plaats als initiatiefnemer ter zake van dit wetsvoorstel ingenomen door Van Oosten. Het gaat nu dus om dezelfde drie initiatiefnemers als die ter zake van wetsvoorstel 33987 (beperking omvang wettelijke gemeenschap van goederen).³ Herziening van het partneralimentatierecht ligt, evenals die van het kinderalimentatierecht,⁴ in de maatschappij en dus ook politiek zeer gevoelig. Ook in dit tijdschrift zal de komende tijd zeer waarschijnlijk veel aandacht aan de herziening van het partneralimentatierecht worden besteed. Toch denk ik niet dat de nieuwe wet op korte termijn zal worden ingevoerd. Ik verwacht felle debatten hierover in het parlement en geen eerdere invoering dan omstreeks 2019. In het hierna volgende schets ik slechts de hoofdlijnen van wetsvoorstel 34231, waarbij ik in het bijzonder inga op een voor de notariële praktijk belangrijk thema, te weten de (nu nog nietigheid, maar over enkele jaren) rechtsgeldigheid van de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst.

2. De nieuwe grondslag

¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33312, 2.

² Voorstel van wet van 19 juni 2015 van de leden Van Oosten, Recourt en Berndsens-Jansen tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de herziening van het stelsel van partneralimentatie (Wet herziening partneralimentatie), *Kamerstukken II* 2014/15, 34231, 2.

³ Gewijzigd voorstel van wet van 30 september 2014 van de leden Berndsens-Jansen, Recourt en Van Oosten tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken, *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 5.

⁴ Voorstel van wet van 17 februari 2015 van de leden Recourt en Van der Steur tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de herziening van het stelsel van kinderalimentatie (Wet herziening kinderalimentatie).

Thans is de grondslag van de verplichting om na echtscheiding⁵ partneralimentatie te betalen gelegen in de door het huwelijk geschapen levensgemeenschap. Deze brengt een dwingendrechtelijke onderhoudsplicht met zich (art. 1:81 BW), die overgaat in een (in maximale duur begrensde) posthuwelijkse solidariteit.⁶ De nieuwe grondslag voor de betaling van partneralimentatie wordt wettelijk vastgelegd en is compensatie voor het gedurende het huwelijk als gevolg van de tijdens het huwelijk gemaakte keuzes ontstane verlies aan verdien capaciteit. De alimentatie is volgens de initiatiefnemers een compensatie voor de achterstand op de arbeidsmarkt die is ontstaan doordat een van de partners geen of minder tijd aan zijn of haar carrière heeft kunnen besteden. Het huwelijk op zich rechtvaardigt naar de mening van de initiatiefnemers niet een overdracht van inkomen na het huwelijk.⁷

3. De verkorting van de duur

Voor wat betreft de duur van partneralimentatie, eerder al gewijzigd in 1994,⁸ komen de initiatiefnemers tot het volgende schema.

- a. Er zijn geen kinderen jonger dan 12 jaar: in geval van een huwelijk dat nog geen 3 jaar heeft geduurd, bestaat geen recht op partneralimentatie en in geval van een huwelijk dat 3 jaar of langer heeft geduurd, bestaat recht op partneralimentatie gedurende de helft van de huwelijksduur met een maximum van 5 jaar.
- b. Er zijn wél kinderen jonger dan 12 jaar: er bestaat recht op partneralimentatie voor de helft van de huwelijksduur met een maximum van 5 jaar, maar in ieder geval totdat het jongste kind 12 jaar is.
- c. Het huwelijk heeft langer dan 15 jaar geduurd en de alimentatiegerechtigde is ten hoogste 10 jaar jonger dan de AOW-leeftijd: er bestaat recht op partneralimentatie gedurende 5 jaar, maar in ieder geval minimaal totdat de alimentatiegerechtigde de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.
- d. In alle gevallen eindigt de alimentatieplicht indien de alimentatieplichtige de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.⁹

4. De nieuwe berekeningssystematiek

⁵ Onder echtscheiding zijn uiteraard mede begrepen scheiding van tafel en bed, beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden en gerechtelijke ontbinding van het geregistreerd partnerschap.

⁶ Aldus M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 148. Zie o.a. HR 9 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9900 (concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense), NJ 2001/216, m.nt. S.F.M. Wortmann (*rechtsgrond onderhoudsverplichting*) en uitvoerig over de grondslagendiscussie N.D. Spalter, *Grondslagen van partneralimentatie* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 (NILG, Reeks Familie & Recht, deel 9).

⁷ Aldus de memorie van toelichting op het wetsvoorstel, *Kamerstukken II* 2014/15, 34231, 3, p. 6-7.

⁸ Wet van 28 april 1994, *Stb.* 1994, 324, in werking getreden op 1 juli 1994, houdende wijziging van bepalingen in het Burgerlijk Wetboek in verband met de regeling van de limitering van alimentatie na scheiding, gewijzigd bij Wet van 28 april 1994, *Stb.* 1994, 325, eveneens in werking getreden op 1 juli 1994. Zie hierover T. Janssen, *Limitering van partneralimentatie* (masterscriptie Utrecht), Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2013.

⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34231, 3, p. 14.

Door de wijziging van de grondslag vervalt het element ‘behoefte’ in de berekening van de hoogte van de partneralimentatie. Indien recht op partneralimentatie bestaat, wordt de hoogte van de partneralimentatie eenvoudig vastgesteld op basis van een draagkrachtvergelijking.

De stappen om te komen tot de te betalen partneralimentatie zijn:

- van beide echtgenoten wordt het alimentatie-inkomen na scheiding bepaald overeenkomstig art. 1:400a BW (nieuw);
- op basis van dit inkomen wordt forfaitair de draagkracht van beiden bepaald;
- op de beschikbare draagkracht komen de door ieder voor een kind op grond van de art. 1:404 en 395a BW te dragen kosten van verzorging en opvoeding (minderjarige kinderen) en van levensonderhoud en studie (jongmeerderjarige kinderen) en bijkomende kosten van studie in mindering;
- van de resterende draagkracht behoudt ieder 40% (eigen luxe);
- de partneralimentatie bedraagt de helft van het verschil van de draagkracht die na de voorgaande stappen resteert.¹⁰

5. De rechtsgeldigheid van de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst

Naar huidig recht is een voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst, die bijvoorbeeld een nihilbeding kan inhouden, nietig. Alleen echtgenoten, dus niet aanstaande echtgenoten, kunnen op grond van de duidelijke tekst van art. 1:158 eerste volzin BW en in afwijking van art. 1:400 lid 2 BW rechtsgeldig een alimentatieovereenkomst inclusief een nihilbeding aangaan.¹¹ Gelet op het feit dat momenteel 37% van de huwelijken – dus meer dan één op de drie huwelijken – in een echtscheiding eindigt,¹² vind ik het zelf heel belangrijk dat aanstaande echtgenoten reeds vóór de huwelijksvoltrekking goed nadenken over de gevolgen van een eventuele echtscheiding, hoe weinig romantisch dit ook is, en dat zij hierover ook rechtsgeldig en onaantastbaar kunnen contracteren. Daarom ben ik blij dat de initiatiefnemers

¹⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 34231, 3, p. 15. Het voert in het kader van deze bijdrage te ver om de nieuwe berekeningssystematiek, die wordt opgenomen in een algemene maatregel van bestuur, verder uit te werken. Ik verwijs hiervoor naar de memorie van toelichting op het wetsvoorstel, *Kamerstukken II* 2014/15, 34231, 3, p. 15-16, alsmede naar het hierbij behorende concept van een algemene maatregel van bestuur inclusief nota van toelichting hierop (bijlage bij de memorie van toelichting), *Kamerstukken II* 2014/15, 34231, 3, p. 31-37 met een concreet rekenvoorbeeld op p. 37. Hier volsta ik met de opmerking dat de nieuwe wettelijke regeling niet voorziet in indexatie. Art. 1:402a lid 9 BW (nieuw) bepaalt dan ook dat dit artikel niet van toepassing is op de uitkering tot levensonderhoud, bedoeld in art. 1:156 BW (nieuw). Uiteraard kunnen partijen anders overeenkomen, want ook hier staat contractsvrijheid voorop. Zie immers *Kamerstukken II* 2014/15, 34231, 3, p. 4-6, in het bijzonder p. 5: ‘Initiatiefnemers stellen zich voor dat niet alleen afspraken gemaakt kunnen worden over het verschuldigd zijn van partneralimentatie, maar ook over de hoogte daarvan, de duur en de berekenings- of aanpassingssysteematiek’.

¹¹ Aldus HR 7 maart 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7449 (concl. A-G J.K. Franx), *NJ* 1980/363, m.nt. E.A.A. Luijten (*afstand van alimentatie I*) en HR 12 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1959 (concl. A-G J.B.M. Vranken), *NJ* 1996/352 (*afstand van alimentatie II*). Zie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 121, voetnoot 86, waarin wordt opgemerkt dat deze problematiek omstreden is, en waarin naar andere literatuur hierover wordt verwezen, alsmede nr. 151. Het begin van de discussie hierover dateert van 1979; zie immers T.R. Hidma, *WPNR* 1979/5470, p. 170-172 en *WPNR* 1979/5492, p. 556-557, over het naar zijn mening wel degelijk ook vóór het huwelijk overeen te komen onaantastbaar nihilbeding in de zin van art. 1:158 BW.

¹² *Kamerstukken II* 2014/15, 34231, 3, p. 2.

uitdrukkelijk breken met de visie van de Hoge Raad hierover¹³ en dat zij in art. 1:158 eerste volzin BW (nieuw) hebben neergelegd dat bij huwelijkse voorwaarden of bij schriftelijke overeenkomst betreffende levensonderhoud, aangegaan vóór of na de beschikking tot echtscheiding, kan worden bepaald of, en zo ja tot welk bedrag, na echtscheiding de ene echtgenoot tegenover de andere echtgenoot tot een uitkering tot diens levensonderhoud zal zijn gehouden. Hierbij kan het uiteraard gaan om staande huwelijk gemaakte huwelijkse voorwaarden, al dan niet in het zicht van de echtscheiding, maar ook om premaritale (voorhuwelijkse) huwelijkse voorwaarden. Aldus verwatert het onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant nog verder, maar zelf vind ik dit – gegeven de uitspraak hierover van de Hoge Raad in 2012¹⁴ – helemaal geen probleem. Voor de notaris ligt hier aldus een belangrijke taak weggelegd in het kader van zijn ‘Belehrungspflicht’. Hij zal partijen, de (aanstaande) echtgenoten, goed moeten voorlichten over de gevolgen van een eventueel nihilbeding. Zo komt de echtscheidingsnotaris er toch nog, zij het niet rechtstreeks, maar via een omweg.¹⁵ De inhoud van huwelijkse voorwaarden zal naar komend recht nog meer dan voorheen zijn toegespitst op de echtscheidingssituatie, hetgeen helemaal in de lijn ligt van het betoog van Schols.¹⁶

Aan art. 1:400 lid 2 BW wordt een tweede volzin toegevoegd, waaruit met zoveel woorden blijkt dat de nietigheid van overeenkomsten waarbij van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud wordt afgezien, niet van toepassing is op huwelijkse voorwaarden of een schriftelijke overeenkomst betreffende levensonderhoud als bedoeld in art. 1:158 BW (nieuw). De uitkering die in deze huwelijkse voorwaarden of schriftelijke overeenkomst is vastgelegd, kan op grond van art. 1:159 BW (nieuw) op verzoek van een van de echtgenoten worden gewijzigd door de rechter in geval van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden dat ongewijzigde handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de verzoeker kan worden gevergd. De wijziging of intrekking als bedoeld in art. 1:401 lid 1 eerste volzin BW (het nadien door wijziging van omstandigheden ophouden aan de wettelijke maatstaven te voldoen) is op grond van art. 1:401 lid 1 tweede volzin BW (nieuw) niet van toepassing op o.a. huwelijkse voorwaarden of een schriftelijke overeenkomst betreffende levensonderhoud als bedoeld in art. 1:158 BW (nieuw). Ten slotte kunnen deze huwelijkse voorwaarden of schriftelijke overeenkomst op grond van art. 1:401 lid 3 BW

¹³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34231, 3, p. 5, voetnoot 8, waarin overigens bij de uitspraak van de Hoge Raad van 1996 abusievelijk is vermeld: ‘geannoteerd door Vranken’. Bedoeld is uiteraard: ‘geconcludeerd’; zie immers hierboven voetnoot 11, eerste volzin.

¹⁴ HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3103 (concl. wnd. A-G A. Hammerstein), *NJ* 2012/422, m.nt. L.C.A. Verstappen; AA 2012, p. 630-634, m.nt. A.J.M. Nuytinck (*de verwatering van het onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant*).

¹⁵ De initiatiefnemers benadrukken sterk de voorlichtende taak van de notaris, ook in echtscheidingssituaties; zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34231, 3, p. 4-6 en 23-24. Daarnaast krijgt de contractsvrijheid (partijautonomie) van de (aanstaande) echtgenoten terecht veel aandacht in dit onderdeel van de memorie van toelichting. Zie hierover ook uitgebreid F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht* (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 2012.

¹⁶ F.W.J.M. Schols, ‘Er was eens ... een huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskleren. Enkele gedachten betreffende de opzet van en de creativiteit met huwelijkse voorwaarden’, *WPNR* 2010/6860, p. 754-759, in het bijzonder p. 756, punt 3.2, over de functie van huwelijkse voorwaarden. Zie hierover nader mijn hierboven in voetnoot 14 genoemde annotatie, AA 2012, p. 630-634, in het bijzonder p. 632-633, punt 3, over de literatuur betreffende de verwatering van het onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant.

(nieuw) worden gewijzigd of ingetrokken, indien zij zijn aangegaan met grove miskenning van de wettelijke maatstaven.

6. Afschaffing van art. 1:160 BW

Hertrouwen, een geregistreerd partnerschap aangaan dan wel gaan samenleven in een concubinaat doet niet langer de alimentatieverplichting vervallen, want art. 1:160 BW wordt afgeschaft. De rechtvaardiging hiervoor is volgens de initiatiefnemers dat de partneralimentatie ziet op compensatie voor verlies van verdien capaciteit, ontstaan door keuzes tijdens het huwelijk. De komst van een nieuwe partner, ook als daardoor het welstandsniveau van de ontvangende partner stijgt, doet niet af aan de betalingsverplichting. De gevolgen van de tijdens het huwelijk gemaakte keuzes, verdisconteerd in de achterstand op de arbeidsmarkt, zijn er immers nog steeds. Door de afschaffing van het bestaande art. 1:160 BW worden misbruik en fraude voorkomen.¹⁷

7. Overgangsrecht

Met betrekking tot het overgangsrecht hebben de initiatiefnemers – mede gelet op art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM, dat het eigendomsrecht beschermt en waaronder ook partneralimentatie valt – in beginsel gekozen voor eerbiedigende werking. Dit betekent dat het thans geldende recht van toepassing blijft op uitkeringen inzake partneralimentatie, die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe regeling door de rechter zijn vastgesteld of tussen partijen zijn overeengekomen.¹⁸ De regels van overgangsrecht zijn neergelegd in art. V van het wetsvoorstel. De thans geldende art. 1:157-159a en 400-402a BW blijven van toepassing op een uitkering tot levensonderhoud, die vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de nieuwe wet door de rechter is vastgesteld of tussen partijen is overeengekomen, en blijven evenzeer van toepassing op een verzoek tot vaststelling of wijziging van een uitkering tot levensonderhoud, indien het inleidende verzoekschrift is ingediend vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de nieuwe wet (art. V leden 1 en 2). Het thans nog geldende art. 1:160 BW blijft van toepassing op een verplichting van een gewezen echtgenoot om uit hoofde van echtscheiding levensonderhoud te verschaffen aan de wederpartij, die is ontstaan vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de nieuwe wet (art. V lid 4).

8. Ten slotte

De door de initiatiefnemers voorgestelde wijzigingen in het partneralimentatierecht zijn fundamenteel en zeer ingrijpend. Hierover zal ongetwijfeld uitvoerig en langdurig worden gediscussieerd in het parlement. Persoonlijk kan ik mij wel vinden in de nieuwe grondslag, de verkorting van de duur (in beginsel van 12 naar 5 jaar) en de nieuwe berekeningssystematiek ter zake van partneralimentatie, al vraag ik mij wél af of het nu echt eenvoudiger wordt om het verschuldigde alimentatiebedrag te berekenen, zoals de initiatiefnemers stellen.

¹⁷ *Kamerstukken II 2014/15, 34231, 3, p. 18 en 24.*

¹⁸ *Kamerstukken II 2014/15, 34231, 3, p. 17-18 en 29-30.*

Afschaffing van art. 1:160 BW ligt voor de hand, omdat de grondslag wordt gewijzigd van posthuwelijkse solidariteit in compensatie voor het verlies aan verdien capaciteit. Ook het uitgangspunt van het overgangsrecht – in beginsel eerbiedigende werking – kan ik onderschrijven.

Het meest ingenomen ben ik echter met de te introduceren rechtsgeldigheid van de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst, waardoor ook voor de notaris in het kader van zijn taak om te adviseren over huwelijkse voorwaarden nieuwe mogelijkheden en uitdagingen ontstaan op het gebied van het echtscheidingsrecht. Een modern echtscheidingsrecht eist nu eenmaal een zo groot mogelijke contractsvrijheid (partijautonomie) voor (aanstaande) echtgenoten en daarbij hoort ook de mogelijkheid om reeds vóór het huwelijk afstand van alimentatie te doen. Zelf zit ik al sinds 1979 op één lijn met Hidma.¹⁹ Tegenstanders van deze visie en voorstanders van de huidige wettekst van art. 1:158 BW en de jurisprudentie van de Hoge Raad hierover²⁰ wijs ik altijd op het correctiemechanisme van de derogerende werking van de beginselen van redelijkheid en billijkheid en dat van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden ('imprévision'), welke correctiemechanismen naar komend recht worden gecodificeerd in de ten opzichte van de art. 6:248 en 258 BW als 'lex specialis' te beschouwen regeling van art. 1:159 BW (nieuw); zie ook art. 1:401 lid 3 BW (nieuw).²¹

¹⁹ Zie voetnoot 11, laatste volzin.

²⁰ Zie voetnoot 11, eerste volzin.

²¹ Zie nader over dit thema A.J.M. Nuytinck, 'De invloed van het algemene vermogensrecht op het familie(vermogens)recht', in: J. ten Kate, R.J.P. Kottentzen, A.I.M. van Mierlo en J.H. Wansink (red.), *Miscellanea Jurisconsulto vero Dedicata* (Van Dunné-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 307-318, in het bijzonder p. 312-313.